INTERPRETACIÓN Y POLÍTICA EN KELSEN

INTERPRETATION AND POLITICS AT KELSEN

INTERPRETAÇÃO E POLÍTICA EM KELSEN

Dr. Gastón Alexander Velásquez Villamar
(Universidad Andina Simón Bolivar, Ecuador)[1]

Fecha de recepción: 26 de mayo de 2022
Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2022



Cómo citar: Velásquez Villamar, G. A. (2022). Interpretación y política en Kelsen. *Revista Pares - Ciencias Sociales, 2*(2), 197-216.
ARK CAICYT: http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s27188582/ka50r1jaj

Resumen

Este artículo tiene por objetivo establecer las principales características del fenómeno de la interpretación jurídica descrita por Hans Kelsen, según el capítulo de "La interpretación" en la *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición de 1960 traducida del alemán por Roberto J. Vernengo, para ello se revisará la diacronía de su concepto desde la primera edición de su obra en 1938, así como se considerarán sus elementos relevantes definidos en la segunda edición. La propuesta de este artículo de investigación consiste en aplicar la teoría interpretativa de Kelsen como episteme para identificar la aplicación de la ideología política

[1] Es abogado, doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, magíster en Derecho Económico, actualmente cursa el doctorado en ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, ha ejercido varias funciones al frente de áreas legales o como autoridad administrativa en organismos públicos; consultor para entidades nacionales e internacionales. Docente invitado en posgrados de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0723-1904
E-mail: gavv@lexvademecum.com

en el marco de la interpretación jurídica. Las metodologías empleadas son tres: la investigación jurídica dogmática al exponer el aporte kelseniano en un sentido doctrinario, la investigación teórica al considerar a las abstracciones lógicas que exige la descripción del fenómeno interpretativo en la *Teoría Pura del Derecho* y la investigación documental, al acudir a documentos debidamente reconocidos y el modo de proceder a su análisis crítico.
Palabras claves: interpretación, Kelsen, indeterminación, política, episteme.

Abstract

This article aims to establish the main characteristics of the legal phenomenon of interpretation described by Hans Kelsen, according to the chapter of "Interpretation" in the *Pure Theory of Law*, the second edition of 1960 translated from German by Roberto J. Vernengo. To this end, the diachrony of his concept will be reviewed from the first edition of his 1938's work, and it will be analyzed by their relevant elements proposed in the second edition. The proposal of this research article, is to apply Kelsen's interpretive theory as an episteme, to identify the political ideology application's of the judiciary when they're motivating and reasoning their judgments. There are three methodologies used: Dogmatic legal research when it's exposing the Kelsen's contribution in its doctrinal sense. Theoretical research when it's considering the logical abstractions, required by the interpretive phenomenon description's in *The Pure Theory of Law*. And Documentary research, by going to duly recognized documents and how to proceed with their critical analysis.
Keywords: interpretation, Kelsen, indeterminacy, politics, episteme.

Resumo

Este artigo visa estabelecer as principais características do fenômeno da interpretação jurídica descrito por Hans Kelsen, segundo o capítulo sobre "Interpretación" na *Teoria Pura del Derecho*, segunda edição de 1960 traduzida do alemão por Roberto J. Vernengo. Será revisada a evolução do conceito desde a primeira edição em 1938 e serão analisados o elementos relevantes propostos na segunda edição. A proposta deste artigo de pesquisa é aplicar a teoria interpretativa de Kelsen como episteme para identificar a aplicação da ideologia política do judiciário ao motivar e fundamentar suas sentenças. São três as metodologias utilizadas: pesquisa jurídica dogmática para expor a contribuição de Kelsen no sentido doutrinário, pesquisa teórica para considerar as abstrações lógicas que exigem a descrição do fenômeno interpretativo na *Teoria Pura do Dereito* e pesquisa documental, para identificar os documentos devidamente reconhecidos e como proceder com sua análise crítica.
Palavras chaves: interpretação, Kelsen, indeterminação, política, episteme.

Introducción

He intentado en este trabajo evaluar la teoría kelseniana desde la perspectiva de la explicación sencilla del fenómeno de la interpretación jurídica, en especial en lo referente a cómo puede identificar las filtraciones ideológico-políticas que subvierten los modos de aplicación de las normas jurídicas. Espero no ofender en mi explicación, orientada al novel lector del jurista austriaco, al lector experto en el kelsenismo.

Me he preocupado de explicar los elementos indispensables de la fenomenología advertida por Kelsen sobre la interpretación, a fin de alcanzar cierta comprensión, que entre la norma y su aplicación solo media la interpretación jurídica y en tanto no la esclarezcamos seguiremos ahondando en el abismo del que nos prevenía Wittgenstein, por el cual "[e]ntre la orden y la ejecución hay un abismo. Éste tiene que ser superado mediante la comprensión" (Wittgenstein, 2003: 309).

No es que no existieran intentos de llegar a una teoría única de la interpretación jurídica, Cárdenas (2004) citando a Tarello ponderaba el esfuerzo de autores como Thomasius, Pufendorf y Leibniz que enfatizaron la necesidad de unificar los criterios de interpretación jurídica, idea que influiría en el proceso codificador iniciado con la promulgación del Código Napoleónico en 1804, en dicho código y los sucesivos incluirán normas de interpretación, tanto de la ley como de los contratos, como se puede constatar en la actualidad en el título preliminar del Código Civil ecuatoriano y el libro IV título XIII sobre la interpretación de los contratos, respectivamente.

Para este artículo se revisará los trabajos de Kelsen publicados en la *Teoría Pura del Derecho*, en adelante TPD, no obstante, teniendo como antecedente su trabajo de 1931 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, en donde indicó que "[t]odo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica" (Kelsen, 2019: 317).

En 1931 Kelsen pensaba que "un conflicto es «no arbitrable» o político, no porque en su naturaleza no sea un conflicto jurídico y consecuentemente no pueda ser resuelto por un Tribunal, sino porque una de las partes, o ambas, no quiere, por algún motivo, que sea resuelto por una instancia objetiva" (Kelsen, 2019: 317), en este orden de ideas, cómo entender su esfuerzo posterior de 1938 materializado en la TDP en el cual abiertamente procura expulsar las ideologías políticas especialmente en el proceso de interpretación

jurídica, si en sus palabras toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política.

Este artículo propondrá una respuesta a la duda planteada y en el proceso de descripción de la teoría de la interpretación jurídica kelseniana, se revisarán los elementos de su episteme, esto es un saber construido metodológica y racionalmente en orden a identificar los fundamentos del proceso de la interpretación jurídica, de lo cual resultarán dos observaciones de cómo su teoría de interpretación puede aplicarse para detectar la mixtificación de la ideología jurídica por la ideología política.

La interpretación en la TPD

La política

Si se lee la TPD en su versión de 1934 traducida del francés por el profesor Moisés Nilve, en el prólogo a la edición alemana Kelsen advierte que "[h]ace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política" (Kelsen, 1965: 9), más adelante al justificar el principio de separación de la ciencia jurídica y de la política, parte del reconocimiento y diferenciación del dominio de la política y del dominio del derecho, lo que no significa desconocer las relaciones entre estos dos dominios, lo que propuso en su teoría es reformular las relaciones entre estos dos dominios.

En la traducción de Nilve, en el primer capítulo y subtítulo, a solo pocas páginas de su declaración de partida, añade "[a]l calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición" (Kelsen, 1965: 15), el propósito que perseguía era aclarar epistemológicamente el objeto del saber jurídico, para ello, como comenta Correas "[s]u objetivo de fundar una ciencia pura del derecho no es justificar todo poder, como se ha dicho, sino lo contrario: despojar de toda justificación "científica" a cualquier poder" (Correas, 1994: 71).

Citamos el comentario de Correas, puesto que hace sentido con la observación del propio Kelsen en su opúsculo *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, en el cual advertía que la política siempre busca el modo de unirse a la ciencia "*a partir de los mejores motivos éticos*, porque se supone que obra así en interés de una *causa considerada buena*" (2019: 376), así como una premonición de lo que ocurre en nuestros días, Kelsen observaba en 1931 que la "*confusión entre Ciencia y Política*, hoy tan apreciada, es el típico *método de las modernas formas ideológicas*" (2019: 376).

Ciertamente no es el propósito de este breve artículo agotar el tratamiento epistemológico que Kelsen atribuyó al dominio de la política en el dominio del derecho, pero, por otra parte, si se busca sostener que el método interpretativo kelseniano permite descubrir la filtración ideológico-política, entonces debemos partir de su estatuto de reconocimiento como tal, para lo cual, por los fines de este trabajo, recurriremos a su TPD.

En la TPD de 1960 está repetida la palabra política aproximadamente un poco más de un medio centenar de veces, la caracterización más usada para identificar la política parte de que esta dice relación al tema axiológico y a "la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho" (Kelsen, 2013: 15), según nuestro autor este es el caso de la política jurídica. Con esto en mente, procede en su obra a establecer una serie de acepciones al estatuto de identificación de la ideología política o política a secas.

Entre las principales acepciones al término política está la función ideológica de la norma jurídica, en este caso la norma no expresa un enunciado condicional sino "una teoría religiosa o política, como por ejemplo, la proposición de que el derecho se origina en dios, o que la ley es justa, o que satisface el interés de todo el pueblo" (Kelsen, 2013: 65).

La segunda acepción encontrada refiere a las opiniones políticas y convicciones religiosas cuando se presentan en el campo del derecho como valores axiológicos o justificaciones de tipo ético-política, las cuales pueden quizás explicitar las razones de una Constitución o de la ley, pero resultan insuficientes para fundar la validez de un sistema jurídico, así como también de reconocimiento y adscripción de una norma a dicho sistema jurídico, para cuyo caso Kelsen propone la norma fundante como "una función teórica de conocimiento" (Kelsen, 2013: 229).

Entre las variantes de esta última acepción, se verifica en el curso de la obra los casos en que la política es considerada fuente de obligaciones, generalmente en contraposición a las obligaciones jurídicas (Kelsen, 2013: 306), o cuando se refiere a las valoraciones subjetivas de la judicatura, que apelando a su moral-política individual o grupal, al resolver o interpretar una laguna del derecho, somete el caso no al ordenamiento jurídico, sino a su personal apreciación política (Kelsen, 2013: 256).

Kelsen en el curso de su obra expone una multitud de casos sobre esta confusión entre política y derecho, como las razones ideológicas o político partidistas que marcan el dualismo entre el derecho público y privado o el dualismo entre Estado y derecho, el concepto de representación política, las doctrinas referentes al gobierno y sus fines traducidas como política jurídica en la definición ya acotada y, como parte del proceso de construcción del poder político mediante la ficción de univocidad de las normas o exacerbando las

indeterminaciones en la producción de normas jurídicas, que indefectiblemente afectan su aplicación y la seguridad jurídica.

Pero, no es un fin de este trabajo establecer el estatuto definitivo de reconocimiento del concepto de política en la teoría kelseniana del derecho, por ahora, a modo provisional, se identifica lo no-jurídico, el no-derecho en cualquier elemento axiológico o argumentativo en el proceso interpretativo que busque justificarse en los aspectos teleológicos o político partidistas distintos a los expresamente previstos en una norma jurídica reconocida como tal por el sistema de fuentes de derecho, los cuales se pueden manifestar en uno de los modos identificados líneas arriba.

La interpretación

En la segunda edición de 1960 de la TPD, traducida del original en alemán por Vernengo, según nuestro autor: "[l]a interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior" (Kelsen, 2013: 349). La idea central de esta definición estriba en que la interpretación resuelve la incógnita de aplicar una norma jurídica general y abstracta conforme las singularidades del hecho concreto.

En la traducción de Nilve a la versión con cambios hechos por el propio Kelsen, a la versión publicada en 1934, mantiene coherencia con la segunda edición de 1960 del TPD, estableciendo la razón de ser de la interpretación como la "operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior" (2009: 129), es interesante observar el énfasis en la definición que la interpretación implica la creación de derecho y que como proceso espiritual está o debería estar sometido a la determinación parcial de la norma inferior por la norma jerárquica superior.

Respecto al objeto en esta versión se advierte que "toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico" (Kelsen, 2009: 129), este objeto se refiere a cualquiera de las dos clases de interpretación previstas por nuestro autor, una la que realiza el órgano competente y otra la que hace su destinatario como también la ciencia del derecho, en ambos casos la operación mental parte de la exploración de significados derivados de la norma conforme los hechos del caso, lo que cambia obviamente en cada clase son los fines que persigue la interpretación, en el primero su creación o aplicación, y en el segundo, casi siempre, capturar o persuadir la opinión del juzgador.

En la versión original de 1934 en alemán en el capítulo "Die Interpretation" nuestro autor entra directamente con el tema de los llamados métodos de interpretación donde parte de la observación por la cual "*Die Frage, welche der im Rahmen einer Norm gegebenen Möglich-keiten die »richtige« ist, ist – voraussetzungsgemäß – überhaupt keine Frage der auf das positive Recht gerichteten Erkenntnis, ist kein rechtstheoretisches, sondern ein rechtspolitisches Problem*", [La cuestión de cuál de las posibilidades dadas en el marco de una norma es la "correcta" no es -de acuerdo con los presupuestos- en modo alguno una cuestión de conocimiento dirigida hacia el derecho positivo, no es una cuestión teórico-jurídica sino un problema jurídico-político] (Kelsen, 2008: 108).

En todo caso guarda sindéresis con la definición de interpretación de la versión de 1960 cuando ya en 1934 introduce la idea de que el propósito de la interpretación es la consecución de la norma individual en el proceso de aplicación de la ley, razón por la cual la interpretación es un acto de voluntad, "*Eben darum ist die Gewinnung der individuellen Norm im Verfahren der Gesetzesvollziehung, sofern dabei der Rahmen der generellen Norm erfüllt wird, Willensfunktion*", [Precisamente por ello, la obtención de la norma individual en el proceso de aplicación de la ley, en la medida en que se cumpla el marco de la norma general, es función de la voluntad] (Kelsen, 2008: 108).

Frente a un ordenamiento jurídico positivo que disciplina relaciones sociales y por ello queda reducido al uso de simbologías y abstracciones, la interpretación es el tránsito perenne en búsqueda de la norma individual, referida tanto a la norma general y abstracta como a los hechos del caso. Búsqueda que bien puede comprender la interpretación del órgano competente de creación o aplicación de la norma y la interpretación de los individuos destinatarios de ésta. La primera sometida a indeterminaciones que revisaremos más adelante y la segunda concretada en la "pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas" (Kelsen, 2013: 355).

Es de señalar que el subtítulo "*Die Illusion der Rechtssicherheit*" sobre la ilusión de la seguridad jurídica, desaparece en la segunda edición de 1960 y su sentido es reconducido en el subtítulo "La interpretación en la ciencia del derecho", cuando indica que "[l]a interpretación científico jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica" (Kelsen, 2013: 356).

No obstante, el autor austriaco también advertía un fenómeno común por estos días en que el constituyente y el constitucionalismo cada vez más recurren a exacerbar la

indeterminación intencional del enunciado preceptivo constitucional, intensificando su generalidad como indeterminación o apelando a supuestos principios de derecho en el texto constitucional confundiéndolos o pretendiendo confundirlos con lo que en realidad se tratan de normas político-programáticas, en definitiva ampliando el espacio de libre discrecionalidad en el elemento decisional del fallo, especialmente en materia constitucional, como lo observó Kelsen en su trabajo de 1931 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

Enunciados preceptivos constitucionales y legales redactados en términos generales o carentes de una adecuada estructura condicional, con defecto o ausencia de prótasis y apódosis, llevan a Kelsen a considerar que la seguridad jurídica no se resuelve en el ejercicio hermenéutico, sino en la creación de la norma jurídica. Para nuestro autor la interpretación científica explora los sentidos de las normas, incluyendo aquellos resultados del déficit técnico del legislador y la judicatura al momento de producir las normas jurídicas.

Nuestro autor creía en la TPD, que la interpretación científica debía tener por resultado la orientación a los órganos productores de normas de aquellos sentidos indeseados de las normas jurídicas generales o redactadas apelando a una serie de indeterminaciones o carentes de elementos típicos y normas de control en su aplicación, esto es la interpretación científica debe advertir el modo de formular las normas en su sentido más unívoco posible, "de tal suerte que la multiplicidad de sentidos inevitable se restrinja a un mínimo, intentándose así el grado posible mayor de seguridad jurídica" (Kelsen, 2013: 356).

Una definición pragmática de partida

Para Kelsen la interpretación es un procedimiento espiritual ordenado por una lógica deductiva dentro del "proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una grada inferior" (2013: 349), en esta cita cabe hacer una observación de partida, la interpretación kelseniana es la constante determinación del contenido normativo general al caso de aplicación particular o lo que es lo mismo, la búsqueda de la norma individual.

El razonamiento de Platón en *Epinomis* (1925) establece que "*Nor surely can it be divination or interpretation as a whole; for these only know what is said, but have not learnt whether it be true*", así el intérprete sólo sabe lo que se dice, pero no ha aprendido a discernir si es verdad lo que se dice; en cambio, para Kelsen quien haga las veces de intérprete al observar las condiciones sistémicas que presupone el ordenamiento jurídico en la teoría kelseniana, según los hechos probados del caso, tiene un margen de discernimiento de la veracidad normativa de los elementos que confluyen en la actividad interpretativa y por tanto es capaz de controlar los resultados de su interpretación.

En mi interpretación de Kelsen, su intérprete jurídico ideal no sólo sabe lo que dice, sino que cuando lo dice puede establecer un cierto margen de certidumbre en el alcance de su resultado interpretativo escogido en relación correlativa con las normas reconocidas por el sistema jurídico, por lo tanto puede contrastar el grado de precisión de su interpretación acudiendo a un conjunto de información previa, externa, organizada temática y jerárquicamente la cual es reconocida socialmente como ordenamiento jurídico.

Esta idea de acudir a un parámetro externo en la interpretación jurídica, aparece en los tipos de interpretación reconocidos por Kelsen, en el primer caso se refiere al órgano competente de creación o aplicación de la norma, así encontramos cuando la interpretación responde a la pregunta, "qué contenido hay que dar a la norma individual" (Kelsen, 2013: 349): (a) en la aplicación de la ley al hecho concreto a una sentencia o a un acto administrativo; (b) en la aplicación de la Constitución en el proceso legislativo para expedir una ley, normas de emergencia y su contenido; (c) en la aplicación del derecho internacional, a las actuaciones de un gobierno u organismo internacional para que surtan los efectos esperados en la comunidad internacional.

Respecto a la naturaleza del intérprete, encontramos que hay dos grandes tipos de interpretación en la teoría kelseniana, la que realiza el órgano competente en aplicar la norma, y la que realizan todos los demás que estén fuera de esta caracterización, entre las que se incluye la que realiza la ciencia jurídica cuando describe el derecho positivo.

Como señala Schmill, un mérito de la teoría kelseniana "es precisamente el hecho de que proporciona un punto de vista unitario y sistemático para la comprensión del Derecho" (2010: 35), la definición del pensador positivista es pragmática al ofrecer una solución práctica a cualquier tipo de interpretación jurídica como el tránsito de una grada superior a una grada inferior, pero entendiéndolo sobre la base de su teoría del derecho, esto es, como un reflejo de las condiciones sistémicas que hacen al derecho lo que es un sistema de normas.

Sobre la indeterminación

Kelsen reconoce que, aunque las normas de grada superior determinan a la norma de grada inferior, esta determinación generalmente recae en la formación, ejecución y contenido de la norma inferior, no obstante nunca es completa, siempre hay un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, por tanto, todo acto de producción de normas o de ejecución de normas sólo puede estar parcialmente determinado por el derecho, en otras palabras, todo acto de derecho está parcialmente indeterminado.

Esto también puede ser leído como el resultado de la complejidad sistémica creciente del ordenamiento jurídico como institucional, en cualquier caso, es difícil que la ley prevea pormenorizadamente cada circunstancia impuesta por la realidad material:

> Selbst ein noch so ins einzelne gehender Befehl muß dem ihn Vollziehenden eine Fülle von Bestimmungen überlassen. Trifft das Organ A die Anordnung, daß das Organ B den Untertan C verhaften solle, so muß das Organ B nach eigenem Ermessen entscheiden, wann und wo und wie es den Haftbefehl verwirklichen will, Entscheidungen, die von äußeren Umständen abhängen, die das anordnende Organ nicht vorausgesehen hat und zum großen Teil auch nicht voraussehen kann. [Incluso una orden, por detallada que sea, debe dejar una plétora de determinaciones al ejecutor. Si el órgano A ordena que el órgano B detenga al sujeto C, el órgano B debe decidir a su discreción cuándo, dónde y cómo quiere ejecutar la orden de detención, decisiones que dependen de circunstancias externas que la institución ordenadora no previó y, en gran medida, no puede prever]. (Kelsen, 2008: 101)

La indeterminación bien puede ser causada intencionalmente, como también podría ser no intencional. Una indeterminación intencional la define Kelsen (2013: 350) como aquella en que el órgano de creación de la ley al producir la norma general, dispone la expedición de normas jerárquicamente inferiores para su aplicación que progresivamente delimiten su alcance, hasta llegar a la norma individual que será expedida por órganos que respondan a un modo de división del trabajo y en los que, además, en ciertos casos, se cuente con la valoración del órgano ejecutor para completar el cuadro legal, tal como ocurre en el caso del ejercicio de las facultades discrecionales.

Una indeterminación no intencional, es establecida por Kelsen (2013: 350) según se produzca por causa del lenguaje en que está redactada la norma positiva, es factible observar que las palabras o signos lingüísticos presentan el atributo de la polisemia, incluso las palabras pueden cambiar de significado por el contexto, orden o secuencia en que se presenten, en consecuencia, en el modelo kelseniano el sentido prescriptivo de las normas positivas nunca podrá ser unívoco en la medida que se soporta en un lenguaje natural, como el idioma español por ejemplo, condición que nos recuerda a Wittgenstein:

> Cuando damos una orden, puede parecer que lo que la orden desea en último término, tiene que permanecer inexpresado, pues siempre queda un abismo entre la orden y su ejecución. Deseo, por ejemplo, que alguien haga un determinado

> movimiento, que levante el brazo. Para que quede perfectamente claro, le muestro el movimiento requerido. Esta figura parece unívoca; pero ya no ante la pregunta: ¿cómo sabe él que *tiene que hacer ese movimiento*? - ¿Cómo sabe él cuál es la manera en que debe usar los signos, cualesquiera que sean lo que yo le haga? - Entonces puedo intentar completar la orden mediante otros signos, haciéndoles señales al otro, gestos para animarlo, etc. Aquí parece como si la orden empezara a balbucear. (Wittgenstein, 2003: 309)

Al tratarse de la aplicación del derecho la jurisprudencia reconoce que puede haber discrepancia entre el sentido de la voluntad política que justificó la producción normativa y la pertinencia lingüística de su expresión. Los casos típicos de indeterminación no intencional, son: (a) que las normas positivas, al soportarse en expresiones lingüísticas, admiten varias interpretaciones; (b) el legislador pudo escoger equivocadamente la expresión lingüística de su voluntad, no obstante ello, autores como Gény insisten en que "a la fórmula de la ley es a la que hay que acudir en primer término" (1925: 268); y, (c) es de esperarse que una o más normas entren en conflicto en la diacronía de la producción normativa, lo cual crea una indeterminación desde el momento que dos o más normas jurídicas con disposiciones contradictorias regulan la misma conducta.

El derecho como un marco de múltiples soluciones

Según Kelsen, el ordenamiento jurídico ofrece un marco dentro del cual se pueden producir varias posibilidades de interpretación y de aplicación de sus normas, esto se debe a que el acto jurídico, para entenderlo como eficaz, debe observar una configuración jurídica, lingüística y teleológica, lo cual por efecto de las indeterminaciones revisadas siempre admite gradaciones en su formulación.

Kelsen señalaba que, si "por 'interpretación' se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar" (2013: 351), por lo tanto, una interpretación al momento de ajustarse a los límites que impone el ordenamiento jurídico, también establece lógicamente las distintas posibilidades que éste admite.

En consecuencia, la interpretación de una norma no conduce necesariamente a una solución única correcta, Kelsen guarda coherencia con la indeterminación que observaba por

lo que, así como un acto jurídico muestra gradaciones en su realización, también la interpretación muestra gradaciones, por lo que podría haber varias soluciones correctas.

Los abogados saben que una sentencia judicial cuando dicen que es legal o que está fundada en la ley, sólo significa que su contenido se mantiene dentro del marco de posibilidades que la ley admite, entonces, el propósito de la interpretación no es hallar la solución única y correcta, es desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco jurídico establecido y eso en términos positivistas, implica que el acto de interpretar jurídicamente una norma no es ascético, al pretender solo enancarse en actos cognitivos sino también requiere de la voluntad del intérprete.

Para nuestro autor la interpretación es el resultado de una función volitiva, que presenta una faceta intelectual o acto de conocimiento en la medida que el intérprete requiere: (1) fijar los límites impuestos por el derecho respecto al caso y (2) reconocer determinaciones que no provienen del derecho positivo, como por ejemplo las normas morales, pero advierte que de estas últimas nada cabe decir sobre su validez y verificabilidad. Al identificar estos dos elementos es inevitable llegar a una pluralidad de soluciones derivadas de las relaciones entre esos límites y la naturaleza del caso, lo que obliga a resolverla como un acto de voluntad en la medida que el intérprete, debe escoger sólo una de las múltiples interpretaciones posibles al momento de aplicar el derecho al caso en cuestión.

Para Marmor (2002), Kelsen considera a la ley como parte de un esquema de interpretación, su realidad u objetividad reside en la esfera del significado, así atribuimos un significado jurídico-normativo a ciertas acciones y eventos en el mundo, a lo que podemos añadir que este significado a su vez será dado, aunque parcialmente, por otra norma jerárquica superior, como cuando dos personas suscriben un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y recurren al Código Civil para precisar el alcance de su voluntad conforme el sentido jurídico de estas obligaciones.

Métodos de interpretación e interpretación como acto de conocimiento o de voluntad

El jurista austriaco reconocía que un punto de vista únicamente orientado al derecho positivo no puede formar un criterio de preferencia para una solución interpretativa sobre otra. En este punto observaba que la jurisprudencia había fracasado en establecer una solución objetiva al conflicto de la interpretación entre la voluntad del legislador o de la expresión del tenor literal del derecho.

Como Vernengo indicó “lo cierto es que nunca la ley, por clara que parezca, puede ser entendida reduciendo la labor del intérprete a una operación lingüística” (1994: 73); al

respecto Kelsen observaba que "los métodos de interpretación desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto" (2013: 352).

Kelsen observó con claridad que la pregunta sobre cuál es la interpretación correcta, no es una pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, por el contrario, es una pregunta que encierra un problema político.

> La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. (Kelsen, 2013: 353)

Esto es un problema político en la medida que cualquier justificación de una interpretación legal única y correcta exige introducir argumentos que invariablemente contendrán valoraciones pertenecientes a uno o varios catálogos axiológicos ajenos al derecho, en especial relativos a las ideologías políticas.

En todo caso Kelsen describe una fase cognitiva en su proceso interpretativo en lo referente a la identificación de la o las normas aplicables al caso y una condición volitiva, que se expresa en el momento que el órgano competente escoge uno de entre varios productos interpretativos.

Considérese también que el órgano competente para la creación o aplicación del derecho, su interpretación es siempre auténtica y lo es en razón de que "crea derecho" (Kelsen, 2013: 355), sea a través de la expedición de leyes, como por ejemplo cuando la legislatura interpreta una norma con efectos obligatorios; o, cuando al amparo del ordenamiento jurídico se produce una norma individual o se ejecuta una sanción.

La interpretación de un particular, aun presentándose como resultado intelectual y volitivo, no puede ser considerada como auténtica en razón de que no crea derecho frente al órgano competente de producirlo o aplicarlo. Incluso algunas interpretaciones de las Administraciones Públicas no necesariamente crean derecho, como nos recuerda Troya, "[l]a contestación a la consulta emitida por la administración comporta la producción de un acto administrativo" (2014: 287), no obstante ello, su "carácter vinculante presenta ciertas dificultades [...] cuando se modifican las normas que sirvieron de base para la consulta; [...] la existencia de un derecho adquirido del interesado consultante, pese a que pueda ocurrir una quiebra del principio de legalidad" (2014: 290).

La interpretación en la ciencia del derecho

Para Kelsen, la interpretación de la ciencia del derecho es aquella "pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas" (2013: 355), a diferencia de la interpretación de los órganos competentes de creación o aplicación, esta interpretación no puede ser entendida como producción de derecho, en consecuencia, no puede colmar una laguna del derecho, quien podría hacerlo es el órgano competente de crear normas positivas válidas, que en algunos casos pueden resultar de procesos interpretativos, quedando la interpretación de la ciencia del derecho a exponer los significados posibles de una norma jurídica. Sobre las lagunas del derecho.

> Fall vorzuliegen scheinen wird, den der Gesetzgeber selbst nicht regeln wollte, den das Gesetz daher nicht geregelt hat; so daß es für den Schluß vom Allgemeinen auf das Besondere, den jeder Akt der Gesetzesanwendung darstellt, an der logischen Prämisse fehlt. Die sogenannte »Lücke im Gesetz«ist eine typisch ideologische Formel. Die Anwendung des Gesetzes, die gegebenenfalls nur eine – nach Ermessen des Rechtsanwenders zu beurteilende – rechtspolitische Unzweckmäßigkeit ist, wird als eine rechtslogische Unmöglichkeit dargestellt. [Aparecerá un caso que el propio legislador no quiso regular y que, por lo tanto, la ley no reguló; de modo que falta la premisa lógica para inferir de lo general a lo particular que representa todo acto de aplicación de la ley. El llamado 'vacío legal' es una fórmula ideológica típica. La aplicación de la ley, que solo puede ser una inadecuación de la política jurídica, debe evaluarse a discreción del abogado, se presenta como una imposibilidad de lógica jurídica]. (Kelsen, 2008: 116)

El abogado cuando argumenta en un pleito, no cumple una función científico jurídica, sino una función jurídico política para ganar influencia en la producción del derecho (la norma individual), pues la idea del sentido correcto en la aplicación de una norma, como ya se indicó, solo es una ficción que sirve a la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de seguridad jurídica, según Kelsen, la interpretación que alude a esta seguridad jurídica, pretende encubrir un juicio de valor político como una verdad científica.

La interpretación científica solo debe exponer en un análisis crítico todos los significados posibles, inclusive los políticamente indeseados siempre que estén incluidos en el tenor literal de la norma positiva, en este sentido el aporte de la ciencia del derecho le mostraría al órgano productor de normas cómo expedir normas positivas con el mayor grado de univocidad posible o al órgano de aplicación desarrollar técnicas que restrinjan dicha

multiplicidad de significados a efectos de ganar técnicamente un mayor grado de seguridad jurídica.

El derecho como sistema

Para Raz, Kelsen fue "el primero en tratar explícita y de forma comprensiva el concepto de sistema jurídico" (1986: 20), entender al derecho como sistema jurídico, parte de entender que este "no consiste en una norma aislada, sino en un sistema de normas, en un orden social, y una norma específica sólo puede ser considerada como norma jurídica en la medida en que pertenece a ese orden" (Kelsen, 2013: 60).

Según Raz, Kelsen "sustituye al soberano de Austin por la norma fundamental" (1986: 123), por lo tanto, el criterio de membresía de una norma a un sistema jurídico depende de que la misma fuera "creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma fundamental que confirió facultades por las cuales todas las disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas" (1986: 124).

Aquí juega su papel la norma fundante de Kelsen, es esta la que le confiere coherencia a su modelo de sistema jurídico, garantiza el principio de no contradicción al interior del sistema y por su contenido autoriza la creación y obediencia de la primera Constitución.

> [U]na pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden. (Kelsen, 2009: 111)

Para Pierluigi Chiassoni, la norma fundamental es un elemento epistemológico de la teoría kelseniana, que se puede utilizar en dos planos dentro de un proceso interpretativo, así "el jurista que se adhiere al modelo kelseniano debe desenvolver indagaciones articuladas en dos fases: pasando, en una primera fase, desde los materiales empíricos hasta las normas, y, en una segunda fase, desde las normas hasta el sistema" (Chiassoni, 2017).

En efecto, la TPD es también una teoría de la interpretación, aunque ya hay autores que sostienen posiciones semejantes, como Óscar Sarlo para quien "la tpd puede considerarse la primera concepción del derecho como interpretación" (Sarlo, 2011); regresando a nuestro tema, lo que se quiere resaltar de lo observado por Chiassoni en la obra

de Kelsen, es que el proceso interpretativo debe dar cuenta a los presupuestos epistemológicos previstos en la TPD.

Lo que está detrás del pragmatismo y simpleza de la definición de interpretación como el *proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una grada inferior* es la construcción del sentido jurídico cotejando la realidad fáctica del caso con la realidad normativizada, y solo hay realidad normativizada en la medida que se atiendan las condiciones epistemológicas que impone la norma fundante, así como la adecuada consideración de la dimensión estática y dinámica del sistema jurídico.

Es mi interpretación que la definición kelseniana implica no solo buscar la norma individual del caso, sino también que alcanzar la misma debe cumplir con el encadenamiento riguroso que demanda el sistema jurídico, lo que conlleva no solo identificar los contenidos normativos desde la norma fundante y la primera Constitución hasta las normas vigentes, caso contrario cómo se diferenciaría la aplicación del régimen jurídico de un Estado a otro.

También implica esta definición, el observar aquellos sentidos derivados de la descripción estática del derecho la que tiene por "objeto el derecho como un sistema de normas de validez" (Kelsen, 2013: 83), debiéndose considerar los dominios de validez de las normas jurídicas, esto es la interpretación debe condecirse en la selección de normas a considerar como en la elección del o los posibles resultados interpretativos, en aquellas normas que satisfagan en el caso en cuestión las exigencias sistémicas relativas a los cuatro dominios de validez espacial, temporal, personal y objetivo de las normas jurídicas.

Por último, la interpretación debe guardar sindéresis con la descripción dinámica del derecho, esto es considerando en la interpretación aquellas normas jurídicas "que regulan la aplicación y producción del derecho" (Kelsen, 2013: 84), entre las que también se incluyen aquellas reglas positivas de interpretación y solución de antinomias, incluso para autores como Gény "[e]n lo que entiende como el proceso de interpretación […] parece preferir los criterios brocárdicos" (Velásquez, 2021).

La propuesta de este artículo de investigación consiste en aplicar la teoría interpretativa de Kelsen como episteme para identificar la aplicación de la ideología política al momento de realizar una interpretación jurídica. Lo cual ocurre si algún elemento de la interpretación, no se condice o resulta contradictoria con cualquiera de los siguientes elementos de la teoría kelseniana: (a) contra la relación de pertenencia desde la norma fundante y la primera Constitución a hasta la norma vigente (b) contra la relación de identidad con la construcción escalonada del sistema jurídico, (c) contra las normas que regulan la aplicación y producción del derecho; y, (d) contra las normas válidas aplicables al caso.

Por lo tanto, aquellos elementos axiológicos o relativos a cómo el derecho deba ser o deba ser hecho, que puedan abrigar en lo personal quienes hagan las veces de intérpretes y que presuponen la intromisión de las distintas ideologías político-partidistas, estas pueden ser también identificadas ya no solo por sus contenidos sustantivos y modos de operativización, sino también por su posición de contradicción o excepción en el proceso interpretativo conforme la episteme de la interpretación kelseniana como queda explicada.

Conclusión

De la investigación puede concluirse lo siguiente:

1. Para Kelsen toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, pero es disputa política solo si las partes enfrentadas no recurren a un criterio objetivo de solución como lo es el sistema jurídico
2. En su teoría al buscar diferenciar el dominio del derecho del dominio político, lo que perseguía era aclarar epistemológicamente el objeto del saber jurídico
3. El estatuto de reconocimiento de las ideologías político-partidistas parten de sus contenidos sustantivos referidos a cuestiones axiológicas y opiniones sobre cómo el derecho deba ser o deba ser hecho
4. No obstante, este estatuto de reconocimiento puede desplegarse de diversos modos, según:
    a. La función ideológica de la norma jurídica,
    b. Las opiniones políticas y convicciones religiosas cuando se presentan en el campo del derecho como valores axiológicos o justificaciones de tipo ético-política,
    c. Como fuente de obligaciones, generalmente en contraposición a las obligaciones jurídicas,
    d. Las valoraciones subjetivas que apelan a la moral-política individual o grupal del intérprete,
    e. Como razones ideológicas o político partidistas que marcan ciertos contenidos y estructuras del derecho; y,
    f. Como parte del proceso de construcción del poder político mediante la ficción de univocidad de las normas jurídicas o exacerbando los elementos de indeterminación de las normas al momento de crearlas.
5. De la definición de interpretación de Kelsen por la cual "es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior", se puede concluir:

a. Esta definición desarrollada en la segunda edición de la TPD en 1960, guarda sindéresis con los presupuestos de la primera edición de 1938:
    i. Según la naturaleza del intérprete, hay dos grandes tipos de interpretación en la teoría kelseniana, la del órgano competente en crear o aplicar la norma, y la que realizan todos los demás que estén fuera de esta caracterización,
    ii. El ejercicio de la actividad interpretativa está sujeto a una serie de indeterminaciones del acto de aplicación del derecho,
    iii. El ordenamiento jurídico ofrece un marco dentro del cual se pueden producir varias posibilidades de interpretación y de aplicación de sus normas, por lo tanto, no hay una única interpretación correcta,
    iv. Sobre los métodos de interpretación del derecho, en palabras de Kelsen, se observa que todos incluyendo este trabajo de investigación, solo pueden arribar a uno varios resultados posibles, pero hasta ahora ninguno ofrece un único resultado correcto; y,
    v. Kelsen reconoce en su teoría de la interpretación, tanto una fase cognitiva como volitiva.
b. La interpretación jurídica tiene como característica describir una operación mental del tipo lógico deductiva
c. La interpretación jurídica tiene como característica acudir a un parámetro externo el cual no es la norma jurídica, sino el sistema jurídico
d. La interpretación kelseniana debe dar cuenta, tanto al escoger el material jurídico relevante del caso como el producto interpretativo, a un sistema jurídico que responde a una episteme que se verifica en:
    i. la relación de pertenencia desde la norma fundante y la primera Constitución a hasta la norma vigente,
    ii. la relación de identidad según la construcción escalonada del sistema jurídico,
    iii. la teoría dinámica del derecho, según las normas que regulan la aplicación y producción del derecho; y,
    iv. la teoría estática del derecho, según las normas válidas aplicables al caso.

6. En consecuencia, hay una interferencia de lo político en la actividad jurídico-interpretativa que se puede detectar, según se lo reconozca por sus contenidos sustantivos o por su incidencia en la episteme interpretativa kelseniana.
    a. En el primer caso, cuando en el resultado interpretativo aparecen contenidos axiológicos o relativos a cómo el derecho deba ser o deba ser hecho, distintos a los previstos en el sistema jurídico.
    b. En el segundo caso, cuando en la sentencia aparecen contenidos o inferencias que suponen una contradicción o excepción en el proceso interpretativo conforme la episteme kelseniana.

Referencias bibliográficas

Cárdenas, S. (2004). Estudio Introductorio. En F. C. von Savigny, *Sistema de Derecho Romano actual* (pp. X-XXX). México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Chiassoni, P. (2017). Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen. En C. Bernal y M. Porciuncula (Eds.), *Kelsen para erizos: Ensayos en honor a Stanley L. Paulson* (pp. 85-125). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Edición de Kindle.

Correas, O. (1994). *Kelsen y los Marxistas.* México D.F.: Ediciones Coyoacán.

Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.* Madrid: Reus.

Kelsen, H. (1965). *Teoría pura del derecho*. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba.

Kelsen, H. (2008). *Reine Rechtslehre Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba.

Kelsen, H. (2013). *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. México D.F.: Porrúa.

Kelsen, H. (2019). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos.

Marmor, A. (2002). The Pure Theory of Law. En E. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of Philosophy.* Metaphysics Research Lab, Stanford University. Revisión sustantiva en 2021. https://stanford.io/3wJJDM7

Platón (1925). *Plato in twelve volumes. IX*. Trad. W. R. M. Lamb. Londres: Harvard University Press. https://bit.ly/3cW7ctf

Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sarlo, O. (2011). Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen. En L. Clérico y J. Sieckmann (Eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen* (pp. 229-255). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schmill, U. (2010). Aportaciones teóricas de la Teoría Pura del Derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA*, *33*: 17-36. https://bit.ly/3qbZiRR

Troya, J. (2014). *Manual de Derecho Tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Velásquez, G. (2021). Ley escrita e interpretación, según Gény. *Ius Humani. Law Journal*, *10*(2), 27-48. doi: 10.31207/ih.v11i1.266

Vernengo, R. (1994). *La interpretación literal de la Ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Wittgenstein, L. (2003). *Investigaciones filosóficas*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Autónoma Nacional de México.